

# Il biodiritto nello specchio della comparazione

Michele Graziadei, Sabrina Praduroux\*

BIO LAW IN THE MIRROR OF COMPARATIVE LAW

**ABSTRACT:** Comparative law has become an indispensable tool for legislators and judges who deal with issues related to biolaw. This paper offers a critical reflection on the importance that comparative law has gained with regard to the interpretation of the legislation in force and the drafting of new rules in the field of biolaw, taking into consideration the use of comparative law by the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court.

**KEYWORDS:** Comparative law; biolaw; EU law; ECHR; constitutional courts

**SOMMARIO:** 1. Diritto comparato e biodiritto: un episodio premonitore – 2. La ricerca di parametri universali e regionali nel campo del biodiritto – 3. Il biodiritto nel diritto dell'Unione europea, e il diritto comparato – 4. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il biodiritto, e il diritto comparato – 5. Il diritto comparato nel dialogo tra le Corti di vertice europee – 6. Conclusioni

## 1. Diritto comparato e biodiritto: un episodio premonitore

**Q**uale peso ha il ricorso alla comparazione nello sviluppo del biodiritto? Un episodio risalente ad un'altra epoca, ai primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, consente di misurare quanto il panorama attuale sia radicalmente diverso da quello ormai alle nostre spalle.

Negli anni del secondo dopoguerra il Tribunale di Piacenza ebbe a decidere una lite civile riguardante il danno derivante dalla trasmissione della sifilide tramite procreazione da parte del padre naturale alla figlia illegittima<sup>1</sup>. Nel 1950, l'affermazione in sede giudiziaria della responsabilità del padre per la malattia della figlia rappresentava una forte novità, se non una decisione del tutto eccentrica. Contro la decisione resa dal Tribunale piacentino si ebbe un coro di commenti dottrinali negativi. La voce controcorrente fu quella di Pietro Rescigno. In un ormai celebre scritto pubblicato sulla *Rivista di diritto civile*, rivolto a difendere la decisione. Rescigno ricordava ai commentatori, influenzati – in modo talvolta inconsapevole (secondo la sua diagnosi) – da suggestioni di diritto naturale, che la sentenza resa dal Tribunale italiano aveva un parallelo in una precedente decisione del *Bundesgerichtshof*. Se-

\* Michele Graziadei: professore ordinario di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Torino. Mail: [michele.graziadei@unito.it](mailto:michele.graziadei@unito.it). Sabrina Praduroux: ricercatrice in Diritto privato comparato presso il Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Torino. Mail: [sabrina.praduroux@unito.it](mailto:sabrina.praduroux@unito.it). Il lavoro è il risultato di una analisi congiunta e condivisa degli Autori, i paragrafi 1, 2 e 3 sono da attribuire a Michele Graziadei, i paragrafi 4 e 5 a Sabrina Praduroux. Il paragrafo 6 è da attribuire a entrambi. Gli autori desiderano ringraziare il Prof. Carlo Casonato e la Prof. Valeria Marcenò per i commenti ricevuti su una precedente versione del testo. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Tribunale di Piacenza, 31 luglio 1950, *Foro italiano*, I, 1951, 987.

condo Rescigno vi era qualcosa da imparare guardando altrove: «la diffidenza e lo sfavore per la decisione presa a Piacenza si sarebbero attenuati se durante la polemica gli scrittori si fossero accorti che il tema diventava attuale anche fuori d'Italia»<sup>2</sup>. All'epoca, la stessa nozione di biodiritto, cui è intitolata questa *Rivista*, era ben di là da venire, e la comparazione veniva praticata sporadicamente, da pochi pionieri, come mezzo per approfondire lo studio e la ricerca in campo giuridico.

Da allora, davvero molta acqua è passata sotto i ponti. Oggi nessuno discute di biodiritto ignorando quanto accade sia a livello internazionale, sia nella vita di altri Paesi. Le questioni che sorgono ormai quotidianamente in relazione a temi di biodiritto vengono abitualmente trattate in prospettiva comparata<sup>3</sup>. La regolazione della materia, d'altra parte, non è ormai più da tempo esclusivamente affidata a fonti interne, ma si inserisce in un contesto internazionale e regionale, da cui proviene l'enunciazione di principi, di norme, di linee direttrici, che orientano l'azione dello Stato in questa materia, come pure di altri attori pubblici e privati. Pertanto, quando il legislatore prende la penna, quando il giudice si pronuncia, il confronto con altre esperienze è inevitabile. La giurisprudenza fa talvolta ricorso, soprattutto nei casi più spinosi, a materiali tratti da esperienze giuridiche straniere per prendere posizione sulle questioni di biodiritto, alla ricerca di parametri di decisione che diano concretezza a valori o prescrizioni normative da declinare più puntualmente in relazione al caso controverso<sup>4</sup>. E sulla medesima via si è incamminata ormai da tempo, come si è detto, la dottrina, che prepara il terreno alla soluzione dibattuta in sede legislativa, o giudiziaria, o esplora temi di confine. Il diritto che si sviluppa in questo ambito, d'altra parte, viene discusso e si forma tanto con l'apporto della comunità dei giuristi, quanto grazie ai variegati interventi di una platea internazionale di altri studiosi ed operatori, muniti di competenze scientifiche, o impegnati sul piano della riflessione etica. I dibattiti che coinvolgono l'opinione pubblica si aprono a loro volta a vicende legate alla vita internazionale, ed è talvolta sull'onda di tali vicende che si impongono temi destinati poi ad attrarre l'attenzione del Parlamento e del sistema giudiziario.

In questo contesto, stendere un bilancio complessivo di quello che è stato l'apporto della comparazione giuridica ai percorsi su cui si è avviato il biodiritto, in relazione alla dimensione costituzionale, è una sfida fin troppo ambiziosa. Ci limiteremo quindi a descrivere alcune tendenze che spiegano perché l'indagine comparativa possa offrire al biodiritto (e alla ricerca intorno al biodiritto) strumenti fruttuosi, sia in termini costruttivi, nell'interpretazione di norme in vigore e nell'elaborazione di nuove norme, sia in chiave puramente conoscitiva, vale a dire in termini di analisi dei limiti dell'indagine che è condotta intorno ai temi impegnativi con cui si misura il biodiritto.

<sup>2</sup> P. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1956, 44, ristampato in ID., *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, 57.

<sup>3</sup> Hanno valore esemplare al riguardo tanto la brillante opera di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 3 ed., Torino, 2012, quanto la trattazione approfondita offerta dall'opera collettiva diretta magistralmente da S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010-2012, nonché il più recente volume curato da A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, 2017.

<sup>4</sup> V. in proposito le notazioni di R.G. CONTI, *Il giudice e il biodiritto*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, cit., 41.

## 2. La ricerca di parametri universali e regionali nel campo del biodiritto

Il primo punto su cui fermare l'attenzione è la ricerca di parametri universali e regionali nel campo del biodiritto. Molta ricerca condotta intorno a temi di biodiritto si è avvalsa dell'analisi comparativa di singole esperienze puramente nazionali, o locali. Tuttavia, in questo settore, al pari di quanto avviene in altri settori del diritto, assistiamo all'evolvere di norme che pretendono di esprimere, almeno in relazione a particolari materie o temi, principi e regole a valore universale, o per lo meno regionale<sup>5</sup>. Sul piano costituzionale queste norme hanno rilievo, perché l'Italia rispetta i vincoli che derivano dall'appartenenza all'Unione europea, come pure i propri obblighi internazionali, che derivano da numerose convenzioni internazionali, tra cui, *in primis*, dalla Convenzione europea dei diritti umani (art. 117 Cost.).

Dal 1993 l'Unesco ha promosso un proprio programma in materia di bioetica, che ha condotto all'emanazione di Dichiarazioni sul genoma umano e i diritti umani (1997), sui dati genetici (2003), e più recentemente sulla bioetica (2005), mentre nel 2011 ha abbandonato gli sforzi diretti a redigere una convenzione destina a regolare la clonazione umana<sup>6</sup>. Il Comitato internazionale sulla bioetica dell'Unesco, che opera nell'ambito del medesimo programma, è attivo su molteplici fronti. Nel 2016 l'Unesco ha promosso l'undicesimo summit globale dei Comitati nazionali di bioetica che si è svolto a Berlino. L'incontro ha fatto il punto a livello mondiale delle linee di tendenza e delle esperienze che maturano in relazione ai temi di biodiritto, e il rapporto pubblicato all'esito dell'incontro e di altri incontri analoghi costituisce un riferimento imprescindibile per saggiare lo stato dell'arte<sup>7</sup>.

Non è dubbio che oramai si stia sviluppando un biodiritto globale, che va inteso, in primo luogo, come punto d'incontro dei problemi che l'evoluzione della scienza e delle tecnologie relative alla vita sollevano, e in secondo luogo, come patrimonio di valori e di norme più o meno ampiamente condivise intorno ai temi – abbastanza eterogenei – collocati sotto l'insegna del biodiritto. È un diritto tuttora per alcuni aspetti “timido”, ma è comunque oramai un diritto che ha varcato da tempo la soglia dello stato nascente. Questo corpo di valori e di norme è accompagnato dall'azione di istituzioni che hanno ambizioni globali, come l'Unesco e l'Organizzazione mondiale della sanità, ma – è bene chiarirlo subito – è anche il frutto del tentativo di coordinamento tra ordinamenti giuridici, che è legato alla necessità di governare pratiche dei privati, di enti, o di imprese. Si tratta frequentemente di pratiche collocate sul terreno delle relazioni contrattuali che, per loro vocazione, sono aperte alla prospettiva transnazionale, o di vicende che in ultima analisi chiamano in campo il paradigma della responsabilità (civile, e talvolta penale e amministrativa), la quale ben può scaturire dalla violazione di norme relative al biodiritto.

Questa seconda prospettiva – vale a dire il coordinamento, in determinate materie, del diritto degli Stati Membri – domina in larga misura l'evoluzione del diritto dell'Unione europea nel settore, e ad

<sup>5</sup> V. in proposito, C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 609 ss.

<sup>6</sup> A. LAGLOIS, *The UNESCO Bioethics Programme: A review*, in *The New Bioethics*, 2014, 3-11; C. CAPORALE, I.R. PAVONE (a cura di), *International Biolaw and Shared Ethical Principles: The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, Londra, 2018.

<sup>7</sup> UNESCO, *Global Health, Global Ethics, Global Justice 11th Global Summit of National Ethics/Bioethics Committees 16–18 March 2016*, Berlin, 2018.

esso intendiamo rivolgere l'attenzione di seguito, per illustrare un dato ormai saliente, vale a dire come la sfida costituita dall'integrazione del mercato solleciti le istituzioni dell'Unione a misurarsi con temi di natura bioetica, o comunque legati alla materia del biodiritto, in un contesto in cui la comparazione giuridica rimane una pietra miliare del discorso.

In premessa, dobbiamo comunque tener presente che, nel quadro europeo, l'attività del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo si trovano ad affrontare temi legati al biodiritto nella prospettiva dei diritti fondamentali, senza doversi misurare con i vincoli che impongono i Trattati dell'Unione in punto di competenze. Il tema spinoso è qui piuttosto la questione del margine di apprezzamento, vale a dire i limiti che in Europa si incontrano nella ricerca di un terreno comune.

Prima di tornare su quest'ultimo tema, proviamo ad esaminare come, nella trama del diritto dell'Unione europea, il diritto comparato giochi al tempo stesso il ruolo di protagonista e di invitato di pietra, in relazione a numerose questioni di biodiritto. Il diritto dell'Unione, in effetti, regola ormai numerose materie legate alle dinamiche del biodiritto, ed è chiaro che il diritto italiano anche a livello costituzionale, viene implicato, al pari di altri diritti, da questi sviluppi, non foss'altro per il chiaro riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, contenuto nell'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea, nell'art. 52, comma 4, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>8</sup>.

### 3. Il biodiritto nel diritto dell'Unione europea, e il diritto comparato

Il diritto dell'Unione presenta un primo paradosso, quando viene esaminato nella prospettiva del biodiritto<sup>9</sup>. Da un lato, l'Unione non possiede competenza in questa materia, e quindi non ha titolo per intervenire – per lo meno, *ex professo* – per dettare norme in proposito. D'altra parte, l'Unione europea regola materie in cui si stagliano questioni che appartengono pienamente all'ambito del biodiritto. La recente sentenza resa dal Tribunale dell'Unione sull'iniziativa legislativa dei cittadini europei registrata sotto il nome *Uno di Noi (One of Us)* mette in ulteriore rilievo il tema<sup>10</sup>. Com'è noto, il Tribunale dell'Unione ha respinto il ricorso per l'annullamento della decisione della Commissione di non dar seguito a tale iniziativa, sebbene essa fosse sostenuta dalla raccolta del milione di firme necessarie. L'iniziativa era volta a vietare e porre fine al finanziamento, da parte dell'Unione, delle attività che implicano la distruzione di embrioni umani (in particolare nei settori della ricerca, dell'aiuto allo sviluppo e della sanità pubblica), ivi compreso il finanziamento diretto o indiretto dell'aborto.

<sup>8</sup> Per una rapida indagine circa il rilievo che assume il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia sia consentito rinviare a: R. DE CARIA, M. GRAZIADEI, *The "constitutional traditions common to the Member States" in the case-law of the European Court of Justice: judicial dialogue at its finest*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 949.

<sup>9</sup> Si veda in proposito il denso contributo di S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 3, 2018, nonché E. BROSSET, *Ce que dit le droit de l'Union dans le domaine de la bioéthique (et inversement)*, in *Revue de l'Union européenne*, 2019, 30.

<sup>10</sup> Causa T-561/14, *European Citizens' Initiative One of Us e altri c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2018:210. La decisione è stata appellata.

La costellazione degli atti normativi e delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea che intervengono in materie riconducibili alla nozione di biodiritto è ormai piuttosto corposa. D'altra parte, l'Unione europea può attingere solo in misura limitata ad un nucleo di soluzioni condivise in questa materia. E così, come avviene talvolta, deve provvedere a "conciliare l'inconciliabile"<sup>11</sup>, lasciando apparire sotto la veste di un diritto comune o armonizzato il rinvio al diritto degli Stati membri. Questo avviene, ad esempio, in materia di sperimentazione medica, rispetto a cui: «gli Stati membri interessati dovrebbero cooperare alla valutazione di una domanda di autorizzazione a una sperimentazione clinica» ma, al tempo stesso: «tale cooperazione non dovrebbe riguardare gli aspetti di carattere intrinsecamente nazionale come il consenso informato» (Regolamento UE n. 536/2014, consid. 6). Il regolamento intervenuto di recente, ancor più della direttiva precedente, pone tuttavia dei requisiti alquanto precisi rispetto a elementi che sono caratterizzati come puramente "nazionali", quali il principio del consenso alla sperimentazione, e quindi di ritorno incide proprio sulle suddette "soluzioni nazionali"<sup>12</sup>.

La difficoltà di conciliare l'inconciliabile si manifesta anche in relazione a norme che prendono posizione rispetto ai costituenti del corpo umano e che ben potrebbero essere messe in relazione alla sfaccettata nozione di dignità dell'essere umano<sup>13</sup>.

È sufficiente richiamare a questo proposito la varietà di soluzioni che il diritto dell'Unione consente in materia di: «uso o non uso di particolari tipi di cellule umane, comprese le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione», come recita la Direttiva 2004/23/CE ("Direttiva tessuti", considerando nr. 12) che disciplina le norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani. La Direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati membri in relazione all'uso o al non uso di determinati tipi di cellule, incluse le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione; se però uno Stato membro autorizza un uso particolare di tali cellule, la Direttiva imporrà tutte le disposizioni necessarie alla tutela della sanità pubblica, in considerazione dei rischi specifici di tali cellule in base alle conoscenze scientifiche e alla loro natura particolare, e garantirà il rispetto dei diritti fondamentali, salve, beninteso, le disposizioni degli Stati membri che definiscono il termine giuridico di "persona" o "individuo"<sup>14</sup>. È chiaro che, in contesti analoghi, la comparazione giuridica rimane uno strumento indispensabile per procedere sulla via segnata dal diritto dell'Unione, proprio in quanto il percorso che l'Unione delinea è realizzabile all'interno di un quadro in cui il diritto degli Stati membri mantiene, di frequente, in larga misura, la propria rilevanza<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> S. MALJEAN-DUBOIS, *Bioéthique et droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 2000, 83.

<sup>12</sup> Regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano; su di esso: M. FASAN, *Il Regolamento UE n. 536/2014: la disciplina della sperimentazione clinica tra uniformità e differenziazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017.

<sup>13</sup> Su cui si veda almeno la riflessione racchiusa nell'opera recente di C.M. MAZZONI, *Quale dignità: Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019, nonché i saggi raccolti da G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014.

<sup>14</sup> Direttiva 2004/23/CE ("Direttiva tessuti", considerando nr. 12; vedi anche il Regolamento (CE) n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate, considerando 7.

<sup>15</sup> M. TALLACCHINI, *Cellule e tessuti come terapie avanzate: una biopolitica europea*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, II, *Il governo del corpo*, Milano 2011, 1063. M. STEINMANN, P. SYKORA, U. WIESING (a cura di), *Altruism Reconsidered: Exploring New Approaches to Property in Human Tissue*, Londra, 2016; C. LENK, N.

Al tempo stesso, il particolare registro utilizzato dal diritto dell'Unione per affrontare i temi che sono legati alle prospettive del biodiritto è noto. Molto spesso, nel diritto dell'Unione le questioni sono avvicinate in funzione dell'integrazione del mercato interno, o della libera circolazione delle persone. Questo approccio emerge, ad esempio, nel noto caso *Sabine Mayer*<sup>16</sup>, nel quale la Corte di Giustizia, riunita in Grande sezione, si è pronunciata su un licenziamento ritenuto discriminatorio in danno di una donna che si era sottoposta al trattamento necessario per realizzare una procreazione medicalmente assistita. La questione preliminare verteva, nella sostanza, sulla liceità del licenziamento che era intervenuto nel momento in cui gli ovuli della donna erano stati fecondati in vitro, ma non ancora impiantati in utero. Il giudice nazionale interpellava la Corte per sapere se la lavoratrice fosse da considerare incinta. La Corte non prendeva posizione sul punto, ma riteneva invece che il licenziamento fosse discriminatorio, in quanto avvenuto in violazione degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207: «purché sia dimostrato che il licenziamento si fondi essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento»<sup>17</sup>. Infatti, come recita la massima ufficiale tratta dalla sentenza: «sebbene i lavoratori di entrambi i sessi possano avere un impedimento di carattere temporaneo ad effettuare il loro lavoro a causa dei trattamenti medici che devono seguire, gli interventi consistenti in un prelievo follicolare e il trasferimento nell'utero della donna degli ovuli prelevati immediatamente dopo la loro fecondazione, riguardano direttamente soltanto le donne. Ne consegue che il licenziamento di una lavoratrice a causa essenzialmente del fatto che essa si sottoponga a questa fase importante di un trattamento di fecondazione in vitro costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso»<sup>18</sup>.

Lo studioso che, per abito professionale, esamina il diritto dell'Unione nella prospettiva della comparazione può notare che il medesimo approccio domina in relazione ad altri contesti, in cui sono in gioco altri temi. Da questa angolazione, il biodiritto non subisce una sorte molto diversa da quella che tocca ad altre materie. Ad esempio, benché il Trattato escluda una competenza dell'Unione in materia di proprietà (Articolo 345 TFUE, ex articolo 295 del TCE), è ormai ben nota l'esistenza di un corpo di norme europee niente affatto minore dedicato alla proprietà, e ad altri diritti sui beni, i quali sono protetti come diritti fondamentali. Quindi, se è vero che il diritto dell'Unione tratta numerose questioni di biodiritto dall'angolazione dell'integrazione del mercato interno e della libera circolazione delle persone, molte altre materie sono parimenti "strumentalizzate" in questa chiave<sup>19</sup>.

Il tema della elevata diversità del diritto degli Stati membri non si affaccia unicamente in questa delicatissima materia, ma viene ventilato di sovente, più in generale, anche rispetto ad altri settori armonizzati. Non è dunque di necessità la natura eticamente sensibile della materia coinvolta a fare la differenza. Regimi differenti possono essere stabiliti non tanto in relazione a diverse e irriducibili sen-

HOPPE, K, BEIER, C. WIESEMANN (a cura di), *Human Tissue Research: A European perspective on the ethical and legal challenges*, New York, 2011; *Economic landscapes of human tissues and cells for clinical application in the EU*, Lussemburgo, 2015, accessibile sul sito: <https://ec.europa.eu>.

<sup>16</sup> *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, ECLI: EU:C:2008:119.

<sup>17</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Sarà sufficiente ricordare qui che l'intero diritto privato è soggetto ad una analoga dinamica, come hanno sostenuto alcuni studiosi. Cfr. C.U. SCHMID, *The Thesis of the Instrumentalization of Private Law by the EU in a Nutshell*, in C. JOERGES, T. RALLI (a cura di), *European Constitutionalism without Private Law: Private Law without Democracy*, Oslo, 2011, 17.





sibilità, o orientamenti intorno ai valori coinvolti, quanto piuttosto in relazione al fatto che solo alcuni Paesi dell'Unione si collocano (o intendono collocarsi) sulla frontiera della ricerca in campo biomedico, e sono in grado di cogliere le relative opportunità anche economiche. Solo alcuni Paesi sono interessati a creare una sorta di effetto Delaware quanto a determinate pratiche, come la fecondazione assistita, vale a dire ad attrarre presso di sé, per effetto di scelte regolamentari determinate attività e imprese biomediche<sup>20</sup>. Bisogna dunque riconoscere che, come cittadini dell'Unione, siamo disposti ad avere una pluralità di soluzioni, tutte valide nello spazio europeo, rispetto ad alcuni temi di biodiritto, grazie alla variabilità delle soluzioni accolte negli Stati membri. Si tratta però di una condizione non scevra di problemi e di rischi, sotto vari aspetti. È sufficiente ricordare qui che l'accesso a determinati servizi esclusivamente in un contesto transfrontaliero – contesto non di rado indotto dalle regole vigenti in una determinata giurisdizione – può introdurre rischi di vario genere, anche in termini di mancata protezione di soggetti vulnerabili<sup>21</sup>.

Quando si passa al livello nazionale, la perdurante diversità di approcci e di norme è evidente in numerosi ambiti.

Prendiamo come esemplare il caso della regolamentazione della ricerca sulle cellule staminali embrionali.

La maggior parte dei Paesi europei ha regolato in rapida sequenza la materia, con due eccezioni notevoli, l'Irlanda e l'Austria. Questa progressione è chiaro indizio di un processo di *policy transfer*<sup>22</sup>. L'espressione denota la progressiva diffusione a livello internazionale di una politica di regolazione, realizzata attraverso la tematizzazione e la discussione pubblica di una questione, che alcuni attori propongono come problematica. Tuttavia, nonostante l'indubbia spinta transazionale alla regolazione, le soluzioni accolte al riguardo in Europa divergono. La Corte europea dei diritti dell'Uomo, dovendo prendere posizione sulla legislazione proibitiva italiana, in forza del ricorso presentato nel caso *Parrillo c. Italia*<sup>23</sup>, fa quindi ricorso alla tecnica del margine di apprezzamento per lasciare intatte le scelte nazionali in proposito<sup>24</sup>. In effetti, la legislazione di un primo gruppo di Paesi, tra cui l'Italia, è fortemente restrittiva in proposito. In Italia è vietata qualunque ricerca sulle alle cellule staminali embrionali, salvo consentire quelle di cui possa beneficiare lo stesso embrione. La Danimarca, la Francia, la Germania, la Spagna, vietano la creazione di embrioni a scopo di ricerca e prevedono notevoli limiti all'uso di embrioni soprannumerari o all'importazione di embrioni per condurre ricerche, le quali sono sempre soggette a autorizzazione. Un secondo gruppo di Paesi europei ha una posizione intermedia: la Finlandia, la Grecia e il Portogallo vietano la creazione di embrioni a scopo di ricerca, ma non impongono limiti particolarmente severi quanto all'uso a scopo di ricerca di embrioni so-

<sup>20</sup> L'allusione è alle politiche di regolazione competitiva seguite nello Stato del Delaware per favorire l'incorporazione all'interno dei confini dello Stato di più di metà delle società quotate statunitensi.

<sup>21</sup> In proposito: T.L. WILSON, *Unravelling orders in a borderless Europe? Cross-border reproductive care and the paradoxes of assisted reproductive technology policy in Germany and Poland*, in *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 2016, 48.

<sup>22</sup> M. MINTROM, *Policy entrepreneurs and controversial science: governing human embryonic stem cell research*, in *Journal of European Public Policy*, 20, 3, 2013, 442.

<sup>23</sup> Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11, 27 agosto 2015. Il testo della sentenza è disponibile sul sito: <https://www.biodiritto.org/>.

<sup>24</sup> Analogamente, nella diversa materia dei trattamenti di fine vita: O. POLIPO, *Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della corte EDU in materia di end-of-life decisions*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2018.

prannumerari. Infine, alcuni Paesi adottano normative decisamente più liberali (Belgio, Regno Unito, Islanda e Svezia). Tutti questi Paesi consentono la creazione di embrioni a scopo di ricerca, purché il centro di ricerca, o l'equipe di ricerca che intende procedere in tal senso, sia stato autorizzato a tal fine.

A conclusioni analoghe in termini di pluralismo di soluzioni giunge la Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 84 del 2016, la quale richiama gli esiti dell'indagine comparata proposta nella sentenza resa della *Grand Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Parrillo*, per concludere che il bilanciamento da effettuare in proposito è nelle prerogative del legislativo, e che la Corte non deve quindi invadere l'ambito di discrezionalità che compete a quest'ultimo<sup>25</sup>.

Il punto davvero interessante, in realtà, è che non possiamo ricondurre questa frammentazione ad un unico fattore. Le traiettorie divergenti che risultano dall'indagine comparata sono il risultato di una pluralità di fattori, come mostrano le ricerche svolte intorno alle "politiche della moralità" che hanno rivolto attenzione al tema<sup>26</sup>. In ogni caso, la diffusione di una determinata tecnologia, come quella impiegata per realizzare ricerche su cellule staminali embrionali, è destinata a "localizzarsi" in ambienti che sono culturalmente e istituzionalmente diversi: un tema su cui gli antropologi continuano a loro volta a riflettere in modo stimolante<sup>27</sup>. La scelta politica di predisporre in tempi rapidi soluzioni destinate a ridurre o rimuovere il rischio dipendente dall'incertezza giuridica circa l'impiego di nuove tecniche destinate ad incidere nel campo del biodiritto può a sua volta contribuire allo stabilirsi di una particolare disciplina, segnata dal compromesso, nonostante la polarizzazione del dibattito, come è avvenuto in Germania<sup>28</sup>.

Da questo sommario esame deriva una prima indicazione. Senza dubbio, è ormai davvero impensabile declinare in termini di identità nazionale – come pure è avvenuto nel recente dibattito politico italiano – molti dei temi che attengono all'area del biodiritto. In questo quadro, i valori della libertà della ricerca scientifica e della tutela della salute hanno pieno riconoscimento sul piano costituzionale, e contribuiscono a integrare prepotentemente il discorso condotto intorno al valore della dignità della vita umana<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> I. ENGELI, C. ROTHMAYR ALLISON, *Diverging against all odds? Regulatory paths in embryonic stem cell research across Western Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 20, 3, 2013, 407.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> A. BHARADWAJ, *Enculturating cells: The anthropology, substance, and science of stem cells*, in *Annual Review of Anthropology*, 41, 2012, 303.

<sup>28</sup> K. NEBEL, *Embryonale Stammzellforschung* in C. KNILL, S. HEICHEL, C. PREIDEL, K. NEBEL (a cura di), *Moralpolitik in Deutschland: Staatliche Regulierung gesellschaftlicher Wertekonflikte im historischen und internationalen Vergleich*, Wiesbaden, 2014. A sua volta, a livello nazionale, la pressione derivante dalla possibile concorrenza tra ordinamenti nella materia può essere avvertita in modo acuto, o più blando.

<sup>29</sup> La dignità umana non è infatti valore avulso rispetto agli apporti della ricerca scientifica, particolarmente in campo biomedico, e della tutela della salute. Essa rappresenta un limite inderogabile al trattamento medico (art. 32 Cost., 2 comma), ma la ricerca scientifica in campo biomedico, e la tutela della salute come bene collettivo e individuale sono a loro volta (per vari aspetti) presidi della dignità umana.



#### 4. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il biodiritto, e il diritto comparato

Come si è accennato, sebbene la Convenzione europea sui diritti dell'uomo non contenga riferimenti testuali alla materia del biodiritto, una giurisprudenza abbondante della Corte europea dei diritti dell'uomo ormai collega stabilmente la tutela dei diritti umani con il nostro tema<sup>30</sup>. Nel trattare le materie che attengono al biodiritto la Corte è infatti regolarmente impegnata in un esercizio comparativo. Infatti, per pronunciarsi sulla violazione lamentata dal ricorrente, la Corte frequentemente va alla ricerca di un punto di incontro tra le soluzioni ricevute negli Stati Membri del Consiglio d'Europa (è più raro, ma come vedremo non sconosciuto, il riferimento ad ordinamenti extraeuropei).

L'esercizio che la Corte conduce sul punto è notoriamente problematico, in molteplici sensi. In primo luogo, perché la nozione di "margine di apprezzamento", che si riconduce ad una indagine di questo genere, rappresenta nei fatti la rinuncia ad affermare che, in determinati ambiti, sia possibile riconoscere effettivamente a coloro che vivono nello spazio europeo la garanzia dei medesimi diritti fondamentali. Questo primo passaggio problematico apre la via a ulteriori dubbi e riserve in relazione alle difficoltà che incontra l'indagine di diritto comparato condotta dalla Corte in proposito. Nel seguito, ci concentreremo su quest'ultimo punto, l'unico che attiene al merito del discorso cui è dedicato questo contributo.

Fin dai primi anni di attività, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto affidamento sul diritto comparato, ponendolo alla base di alcuni dei più importanti canoni interpretativi sviluppati in sede di applicazione della Convenzione. In particolare, per legittimare un'interpretazione evolutiva del testo della Convenzione, la Corte ha cercato supporto nel diritto nazionale degli Stati membri del Consiglio d'Europa e nel «patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto», cui fa riferimento il Preambolo della Convenzione. Nel corso degli anni, la Corte di Strasburgo ha poi esteso l'indagine comparatistica al diritto internazionale<sup>31</sup> e talvolta anche al diritto di paesi terzi. Quando la Corte prospetta un esistente – o emergente – «consenso internazionale» su una data questione, è infatti solita estendere il proprio campo di indagine oltre i confini europei<sup>32</sup>.

Il ricorso al diritto comparato da parte della Corte di Strasburgo è stato ampiamente studiato – e criticato – dalla dottrina<sup>33</sup>. Secondo gli studiosi, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti

<sup>30</sup> Council of Europe/European Court of Human, *Bioethics and the case-law of the Court*, Rights, Research Report, 2016, reperibile su: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_bioethics\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_ENG.pdf).

<sup>31</sup> V., *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, *caso Bayatyan c. Armenia*, ric. n. 23459/03, 7 luglio 2011, par. 102. V.C.L. ROZAKIS, *The European Judge as Comparatist* in B. MARKESINIS, J. FEDTKE (a cura di), *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, Londra, 2006, 354.

<sup>32</sup> Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si trovano così riferimenti al diritto di Stati che non sono membri del Consiglio d'Europa, quali, a esempio, Canada, Australia, Nuova Zelanda, Sud Africa e Stati Uniti. Con riferimento a quest'ultimo v. J.F. FLAUS, *La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme* in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2005, 313.

<sup>33</sup> Si citano, senza pretesa di completezza, F. VIGLIONE, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 177; L. PALANDRI, *The Comparative Approach of the European Court of Human Rights: Shared Criticism with the United States Supreme Court in Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2015, 71; C. MC CRUDDEN, *Using Comparative Reasoning in Human Rights Adjudication: The Court of Justice and the European Court of Human*

dell'uomo il ricorso al diritto comparato può perseguire due diverse finalità. In alcuni casi il materiale di diritto comparato è esposto tra le fonti del diritto pertinenti al merito del giudizio<sup>34</sup>, ma non è richiamato dalla Corte nelle argomentazioni giuridiche a sostegno della decisione. In questi casi, il diritto comparato esplica una mera funzione informativa<sup>35</sup>. Negli altri casi – che rappresentano la maggioranza – il materiale di diritto comparato fornisce, invece, supporto alle argomentazioni sviluppate dalla Corte.

Nel 1978 con la sentenza *Tyrer*, la Corte EDU ha affermato, per la prima volta, che la CEDU è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali, da determinarsi con riferimento agli standard comuni sviluppati dagli Stati membri del Consiglio d'Europa<sup>36</sup>. Tuttavia, nella citata sentenza, la Corte non forniva alcuna base comparatistica alle proprie conclusioni. Successivamente, la Corte ha iniziato a introdurre espliciti riferimenti, via via più estesi, al diritto e alle prassi nazionali. Originariamente le considerazioni di diritto comparato erano basate sull'esperienza e sulle conoscenze dei giudici, mentre oggi le ricerche sono svolte dalla Divisione della Ricerca, istituita nei primi anni 2000 presso la Cancelleria della Corte, su richiesta del giudice *rapporteur*. Materiali di diritto comparato sono inoltre spesso forniti alla Corte EDU anche dalle parti in causa e, più frequentemente, da terzi intervenienti (ONG, università, Stati non parti del contenzioso, organizzazioni internazionali) in qualità di *amici curiae*<sup>37</sup>.

La dottrina ha sviluppato uno sguardo critico sull'uso del metodo comparativo usato dalla Corte di Strasburgo. Le principali riserve che sono state formulate toccano, da un lato, l'adeguatezza stessa dell'utilizzo del metodo comparativo rispetto agli scopi perseguiti dalla Convenzione, dall'altro, il modo in cui l'indagine comparatistica è condotta<sup>38</sup>. Aspre critiche sono state rivolte al riguardo anche

---

*Rights Compared in Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012-2013, 383; M. DAHLBERG, *The Lack of such a Common Approach – Comparative Argumentation by the European Court of Human Rights*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 23, 2012-2013, 73-111; K. DZEHTSIAROU, V. LUKASHEVIC, *Informed decision-making: the comparative endeavours of the Strasbourg Court*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 3, 2012, 272; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011; P. MAHONEY, *The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law*, in *Pubblicazioni dell'Istituto svizzero di diritto comparato* (a cura di), *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen: Lausanne, 14-15 avril 2000 / The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, Zurigo, 2002.

<sup>34</sup> Solitamente sotto la rubrica: “*law in Contracting States*” o “*comparative and international law*” o “*relevant comparative law and materials*”.

<sup>35</sup> K. DZEHTSIAROU, *European consensus and the legitimacy of the European Court of human rights*, Cambridge, 2015, 77.

<sup>36</sup> Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, 25 aprile 1978, par. 31.

<sup>37</sup> Sul tema, si rinvia a K. DZEHTSIAROU, *European consensus and the legitimacy of the European Court of human rights*, cit., 97.

<sup>38</sup> Sul finire degli anni Novanta del secolo scorso Paolo Carozza stigmatizzava le analisi comparative svolte dalla Corte EDU, ritenute: «*remarkably casual, superficial, and incomplete*». V.P.G. CAROZZA, *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Notre Dame Law Review*, 1997-1998, 1124. Dieci anni dopo Monika Ambrus riteneva che l'applicazione fatta dalla Corte del metodo comparativo non fosse sufficientemente coerente e trasparente, e quindi risultasse incompatibile con il principio del *rule of law*. Cfr. M. AMBRUS, *Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law*, in *Erasmus Law Review*, 2009, 353.

da taluni giudici della Corte in sede di decisione<sup>39</sup>. Talvolta è stata censurata la superficialità, in termini generali, con cui sono state svolte le ricerche comparatistiche in seno alla Corte, come è avvenuto recentemente in *Moreira Ferreira c. Portogallo* (no. 2), in cui alcuni giudici hanno osservato che: «le conclusioni della maggioranza in punto di diritto comparato, come espresse nei paragrafi 34-39 della sentenza, non riflettono la situazione sul terreno. Il metodo comparato usato dalla maggioranza, basato su un approccio strettamente descrittivo, può essere criticato per due ragioni principali: in primo luogo, non ha identificato correttamente l'obiettivo del confronto (perché confrontare, per quale scopo) e di conseguenza non è riuscito a determinare le fonti appropriate e il livello del confronto (cosa confrontare o come confrontare). Anche la completezza del confronto lascia molto a desiderare, la maggioranza optando per un approccio puramente descrittivo-quantitativo ai materiali disponibili, senza alcuna analisi delle differenze e delle specificità dei sistemi giuridici nazionali, compresa la giurisprudenza delle competenti Corti nazionali e la pratica di altre autorità politiche e amministrative competenti. Un tale metodo comparativo metodologicamente scorretto non poteva che condurre a una valutazione errata del consenso europeo»<sup>40</sup>.

In altre decisioni la critica verte sulla carente analisi del contesto in cui la norma di legge censurata trovava applicazione<sup>41</sup>. Infine, è stata talvolta denunciata una non corretta individuazione dell'oggetto stesso della comparazione<sup>42</sup>.

Le critiche formulate in questi termini lasciano il segno. Infatti, un approccio puramente descrittivo-quantitativo – un mero conteggio di soluzioni positive o negative rispetto al tema del decidere – può essere accettabile per documentare sommariamente qualche primo aspetto del tema, ma non per sviluppare uno standard scientificamente accettabile per l'ambito degli studi comparati. I documenti preparatori offerti alla Corte dal servizio studi forse offrono un quadro comparativo ben più ampio. Se però non fosse così, le ricerche scientifiche svolte negli ambiti in cui la Corte deve pronunciare sarebbero di importanza tanto maggiore. In difetto di esse, è possibile che riflessioni comparative pertinenti emergano come appunti, proposti in modo quasi aneddotico dai giudici degli Stati membri, sulla base della propria esperienza personale o professionale. L'attendibilità di queste testimonianze non può però davvero colmare l'eventuale carenza della ricerca scientifica<sup>43</sup>. D'altra parte, poiché giudice nazionale è ormai consapevole di concorrere a formare con la propria decisione un orientamento europeo, lo stesso giudice può manifestare la tendenza a rivedere il diritto nazionale, in modo

<sup>39</sup> Il giudice Franz Matscher espresse a chiare lettere l'urgenza di svolgere «*comparative studies of a far more detailed nature than those carried out so far by the Convention institutions*», in un'opinione dissenziente allegata alla sentenza relativa al caso *Öztürk*. V. Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, ric. n. 22479/93, 21 febbraio 1984.

<sup>40</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (no. 2), ric. n. 19867/12, 11 luglio 2017.

<sup>41</sup> V. l'opinione dissenziente dei giudici Loucaides e Kovler nel caso *Pye*. Corte EDU, *Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito*, ric. n. 44302/02, 30 agosto 2007.

<sup>42</sup> V. l'opinione dissenziente del giudice Tulkens in Corte EDU, *Leyla Şahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98, 10 novembre 2005; e l'opinione dissenziente dei giudici Malinverni e Kalaydjieva in Corte EDU, *Lautsi c. Italia*, ric. n. 30814/06, 18 marzo 2011.

<sup>43</sup> Si veda l'opinione concorrente del giudice Dedeve in relazione alla questione della maternità surrogata, dove afferma che in Russia: «*I have not heard any voice raised to prohibit surrogacy on the basis of fundamental values. Meanwhile, this method of purchasing a baby has become very popular amongst wealthy individuals and celebrities*». Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, 24 gennaio 2017.

tale da influenzare un possibile indirizzo europeo, proprio nel nome dell'attuazione dei diritti garantiti dalla Convenzione<sup>44</sup>.

## 5. Il diritto comparato nel dialogo tra le Corti di vertice europee

Nel considerare attraverso la metafora del dialogo i rapporti che si sono sviluppati tra la Corte di Strasburgo e le Corti nazionali si coglie un aspetto più generale dell'uso del diritto comparato in sede giudiziaria, che è stato oggetto di ampia attenzione<sup>45</sup>. Il riferimento alla soluzione sperimentata altrove è in effetti il mezzo tramite cui le Corti nazionali affrontano il compito di rendere giustizia in presenza di orizzonti normativi non completamente conclusi. Si tratta di orizzonti almeno parzialmente aperti, vuoi perché le norme stabilite sono lacunose, e quindi non coprono i problemi inediti sollevati dall'evoluzione scientifica e tecnologica, vuoi perché le norme ricevute non appaiono in linea con l'evoluzione dei valori affidati alle fonti del diritto, i quali nel corso del tempo cambiano, o si trasformano. In questa prospettiva, il diritto comparato assume, a livello giurisprudenziale, nuova valenza, ponendosi come strumento per vagliare il merito delle soluzioni già accolte, e per svilupparne di nuove.

L'uso del diritto comparato da parte dei nostri giudici ha avuto grande peso in alcune vicende notissime. In primo luogo, viene in considerazione la fondamentale sentenza resa dalla Cassazione nel ca-

<sup>44</sup> Si consideri in proposito la decisione resa dal Conseil d'Etat, 31 maggio 2016, *Mme C. A.*, ricorso n. 396848. La ricorrente, di nazionalità spagnola, ma residente in Francia, voleva trasferire in Spagna i gameti del marito ormai scomparso, al fine di realizzare la procreazione assistita progettata quando quest'ultimo era in vita. L'inseminazione artificiale sarebbe stata ammissibile ai sensi della legge spagnola nei dodici mesi successivi al decesso del coniuge. Il Consiglio di Stato francese ha accolto la domanda, ritenendo che il divieto posto dalla legislazione francese all'inseminazione *post mortem* costituisse in questo caso: «une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale» della medesima ricorrente. La sentenza utilizza così un argomento tratto dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale tuttavia non mai avuto l'occasione di esaminare la questione. Com'è noto, in Italia l'art. 5 della legge 40/2004 pone un divieto al riguardo, consentendo unicamente l'inseminazione artificiale tra persone viventi (sul punto: G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2018, 177). Ma in relazione ad un'ipotesi analoga a quella su cui ha pronunciato il Consiglio di Stato francese il divieto posto dalla nostra legge non dovrebbe forse essere parimenti riconsiderato? Più in generale, sul tema: J.B. EVANS, *Post-Mortem Semen Retrieval: A Normative Prescription for Legislation in the United States*, in *Concordia Law Review*, 1, 2016, 133.

<sup>45</sup> La letteratura sul dialogo tra la Corte EDU e le corti nazionali è abbondante, tra le tante opere, si citano B. PETERS, *The Rule of Law Effects of Dialogues between National Courts and Strasbourg: An Outline*, in A. NOLLAEMPER, M. KANETAKE (a cura di) *The rule of law at the national and international levels: contestations and deference*, Oxford, 2016; A.A. V.V., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Napoli, 2016; R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013; A. RUGGERI, "Dialogo" tra le corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24, 2013; G. MARTINICO, *Is the European Convention going to be "Supreme"? A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts*, in *European Journal of International Law*, 2012, 415; P. POPELIER, C. VAN DE HAYNING, P. VAN NUFFEL (a cura di), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Cambridge-Portland, 2011; O. POLICINO, G. MARTINICO (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU laws. A Constitutional Comparative Perspective*, Groningen, 2010; M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, 5; F. FONTANELLI, G. MARTINICO, P. CARROZZA (a cura di), *Shaping Rule of Law through Dialogue, International and Supranational Experiences*, Groningen, 2009.

so Eluana Englaro, in cui la Corte illustra i principi applicati dalle corti straniere per trattare la questione della sospensione delle cure rivolte al malato in stato vegetativo permanente<sup>46</sup>. Più recentemente, la medesima Corte, a sezioni unite, è intervenuta sulla questione se sia risarcibile il danno derivante dalla nascita, che lamenta il soggetto affetto da una patologia tale da indurre la madre ad interruzione volontaria di gravidanza, ove la patologia fosse stata correttamente diagnosticata dal ginecologo che l'assisteva<sup>47</sup>. In entrambe i casi, la decisione viene raggiunta con l'uso di materiali comparativi che hanno sicuramente peso nella decisione. È appropriato in proposito parlare di dialogo tra le Corti perché non si trattava qui di ponderare la prassi di determinati Stati, quanto piuttosto di vagliare gli argomenti che entrano nella decisione, o le reazioni che in sede Parlamentare maturano rispetto alla decisione resa dalla Corte straniera<sup>48</sup>. D'altra parte, al di là dei casi in cui il riferimento al dato straniero è espresso, la struttura dell'argomentazione può condurre a soluzioni parallele in diversi ordinamenti. E sarà allora giocoforza concludere che argomenti analoghi invitano conclusioni simili.

Per quanto riguarda il giudizio di costituzionalità, l'attenzione rivolta alle esperienze straniere e all'uso del diritto comparato non può più dirsi sporadica, come testimonia un recente studio di Paolo Passaglia<sup>49</sup>. In materia di diritti della persona e di relazioni familiari, vale a dire due tra le tematiche più strettamente legate al biodiritto, disponiamo di evidenze significative al riguardo. In proposito è possibile distinguere le decisioni in cui la Corte si riferisce a esperienze straniere sulla scia di una sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, resa dopo l'esame delle soluzioni accolte a livello nazionale, per pronunciare eventualmente sul margine di apprezzamento, rispetto alle decisioni in cui il ricorso alla comparazione avviene al di fuori di tale quadro, per esaminare quali soluzioni prevalgono altrove, e come esse possono illuminare le valutazioni che la Corte deve svolgere. Le decisioni del primo tipo – di cui è un esempio la sentenza n. 84 del 2016 della Corte<sup>50</sup> – offrono al lettore un quadro comparato che è già stato messo a punto in sede europea. Rispetto a simili decisioni, si può eventualmente porre il delicato problema di sapere se tale quadro sia davvero attendibile, visti i limiti che purtroppo incontra talvolta l'esame di diritto comparato svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Viceversa, le decisioni rese dalla Corte fuori da tale quadro condiviso rivelano uno sforzo

<sup>46</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748, del 16 ottobre 2007, in particolare par. 7.4 e seguenti.

<sup>47</sup> Cass. civ., sez. unite, sent. n. 25767 del 22 dicembre 2015. La Corte fa ampi riferimenti al diritto straniero per escludere la pretesa risarcitoria del nato disabile verso il medico, premettendo che: «[i]n una decisione che investe diritti fondamentali della persona umana, diventa, al riguardo, rilevante anche l'analisi comparatistica, mediante richiamo di precedenti attinti dall'esperienza maturata in ordinamenti stranieri, culturalmente vicini ed informati al più assoluto rispetto dei diritti della persona».

<sup>48</sup> Come è avvenuto nel caso *Perruche*, deciso dalla Corte di cassazione francese nel 2011 (Civ 1re, 15 déc. 2011, 10-27.473), che è richiamato dalla nostra Corte di cassazione.

<sup>49</sup> P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddotta, una conclusione (quasi) sinestesia*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016, Atti del 12 Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 11-13 maggio 2017*, Napoli, 2018, 63, con ampi rinvii alla letteratura precedente. Vedi ora: Corte Costituzionale – Servizio studi, *L'assistenza alla decisione giurisprudenziale*, R. NEVOLA (a cura di), 2018 (STU 308), reperibile sul sito: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/stu\\_308.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_308.pdf).

<sup>50</sup> La sentenza citata ritiene inammissibile la questione di costituzionalità sollevata in relazione al divieto assoluto di ricerca clinica o sperimentale sull'embrione umano, che non sia diretta alla sua tutela, posta dalla legge 19/02/2004, n. 40.



proprio, non ancorato alla necessità di prendere in considerazione quello che emerge dal complesso delle soluzioni accolte dagli Stati membri del Consiglio d'Europa. Si colloca, ad esempio, nel secondo contesto la sentenza n. 170 del 2014, in cui la Corte costituzionale, ha richiamato le analoghe decisioni rese dal Tribunale costituzionale federale tedesco e dalla Corte costituzionale austriaca, per scongiurare il cosiddetto "divorzio imposto", come effetto indesiderato della procedura di cambiamento di sesso, attuata in assenza di un quadro giuridico che offra alla coppia ormai omosessuale, legata dal matrimonio, un'adeguata tutela<sup>51</sup>. Da ultimo, con l'ordinanza resa nel *caso Cappato*<sup>52</sup>, la Corte costituzionale ha dimostrato come questi diversi approcci possano confluire in una soluzione che è pienamente in linea con il riconoscimento della pluralità di orientamenti esistenti al riguardo in Europa. Per salvaguardare l'esercizio della discrezionalità che compete al riguardo al Parlamento, la Corte ha prospettato l'illegittimità della disciplina vigente, rinviando la propria decisione di un anno, per concedere al Parlamento il tempo di legiferare in materia<sup>53</sup>. La Corte costituzionale ha sostenuto questa soluzione innovativa richiamando testualmente sia la scelta operata da una analoga sentenza resa nel 2005 dalla Corte Suprema del Canada in *Carter v. Canada*<sup>54</sup>, sia la sentenza del 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*<sup>55</sup>, resa al riguardo dalla Suprema Corte del Regno Unito. Tanto la Corte Suprema Canadese, quanto quella del Regno Unito, riconoscono che la regolazione della materia, data la sua complessità e delicatezza, è necessariamente affidata al confronto tra la Corte e il Parlamento, l'unico organo costituzionale che si può dare carico di una disciplina organica della materia<sup>56</sup>. Agli occhi di chi scrive, non è dubbio che la decisione della Corte italiana sia tutta tesa alla ricerca di un supplemento di legittimità assolutamente necessario in una materia così controversa, e così delicata, anche dal punto di vista della protezione di soggetti deboli. Per questa ragione, la nostra Corte ha voluto accompagnare una scelta così profondamente innovativa con un cenno molto preciso al modo in cui altre Corti di vertice avevano affrontato un compito altrettanto difficile.

Nel procedere su questo terreno la Corte costituzionale si avvale di ricerche approntate dal proprio Servizio studi. Tali ricerche preparano il terreno agli eventuali riferimenti di diritto straniero e comparato compiuti in sede giurisdizionale. Il Servizio studi pubblica questi elaborati (mentre non sono, ad esempio, disponibili al pubblico gli studi analoghi compiuti dal servizio di ricerca della Corte di giustizia, o dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo). In tal modo contribuisce ad aumentare apprezzabilmente la leggibilità delle decisioni rese dalla Corte, e rende un servizio prezioso all'intera comunità scientifica, e alla qualità del dibattito scientifico e pubblico intorno all'operato della Corte.

<sup>51</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2014.

<sup>52</sup> Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018.

<sup>53</sup> Si esprime in termini di "incostituzionalità prospettata" la Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale nell'anno 2018, 13, reperibile sul sito della Corte.

<sup>54</sup> Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter c. Canada*, 2015, CSC 5.

<sup>55</sup> [2014] UKSC 38. Per la ricostruzione del contesto in cui la Corte suprema inglese ha reso la propria sentenza v. G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, cit., 96.

<sup>56</sup> Tra i commentatori vi è stato chi ha preferito ravvisare qui l'analogia con le sentenze di mera incompatibilità in Germania (*Unvereinbarkeitserklärung*): «con le quali si accerta l'incostituzionalità di una norma, senza però contestualmente dichiararla nulla», come rileva M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 2018, tuttavia, come nota l'Autore, mentre quelle avrebbero un fondamento puramente pretorio, la soluzione della Corte sarebbe invece ineccepibile sul piano della legalità processuale.



## 6. Conclusioni

Il riferimento al diritto straniero e alla comparazione nel campo del biodiritto è ormai ingrediente imprescindibile in sede di elaborazione e di interpretazione delle norme, di valutazione della loro razionalità e sostenibilità nelle più varie sedi. Il ricorso al diritto comparato in sede di interpretazione ed applicazione del biodiritto non ha più carattere episodico o sporadico, ma appartiene a pieno titolo alla cassetta degli attrezzi di cui si avvale il giurista. La giurisprudenza in materia di biodiritto è stata un banco di prova tra i più significativi in proposito. È chiaro che il ricorso alla comparazione in sede giudiziaria lascia aperte numerose questioni, e non di poco peso. Promuovere un uso più rigoroso dello strumento rimane un compito cui bisogna attendere con cura<sup>57</sup>. Tuttavia, si tratta comunque di un positivo elemento di novità, che è in parte legato alla struttura multilivello del sistema delle nostre fonti, ma per altri aspetti rivela come l'orizzonte culturale del giurista e la sua capacità di affrontare le sfide dell'età contemporanea richiedano aperture verso altre esperienze nell'affrontare i temi impegnativi raccolti sotto l'etichetta del biodiritto.

Tra gli osservatori prevale la convinzione secondo cui il riferimento al diritto comparato non ha valore decisivo nel determinare la decisione giudiziaria; al tempo stesso si riconosce che il ricorso alla comparazione tende ad aumentare il valore persuasivo della decisione resa<sup>58</sup>. A conclusione di questo saggio, possiamo dire che l'uso della comparazione fa parte a pieno titolo del costituzionalismo moderno, che fin dai suoi albori ha posto tra le proprie pietre angolari, come è detto in modo eloquente nel preambolo della dichiarazione di indipendenza americana: «*a decent respect for the opinion of mankind*».

<sup>57</sup> Vedi in proposito le riflessioni di R. HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, 224 ss.

<sup>58</sup> Vedi da ultimo così: Corte costituzionale – Servizio studi, *L'assistenza alla decisione giurisprudenziale*, R. NEVOLA (a cura di), cit.